

La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación

POR LUANA ALBERDI IMAS (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Ubicación de los derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación. — III. Definición analítica del derecho real de hipoteca. — IV. Caracteres esenciales de la hipoteca. — V. Concepto de hipoteca abierta. — VI. Innovación legislativa. — VII. Utilización de la hipoteca abierta y sus ventajas. — VIII. *Numerus clausus*. — IX. Extensión del privilegio. — X. Alcance del monto del gravamen. Aplicación práctica. — XI. Hipotecas abiertas y su aplicación. — XII. Conclusión. — XIII. Bibliografía.

Resumen: el Código Civil y Comercial de la Nación ha innovado en diferentes aspectos en materia de derechos reales de garantía. De acuerdo al crédito que garantiza la hipoteca, ya sea determinado o indeterminado, serán aplicables diferentes reglas para su eficaz constitución. Lo mismo ocurre con la extensión de la garantía y el privilegio del que gozan.

Palabras claves: hipoteca - hipoteca abierta o de máximo - hipoteca cerrada - garantías reales

Mortgage and characters in the Civil and Commercial Code of the Nation

Abstract: *the Civil and Commercial Nation Code has innovated in different aspects in the field of real rights of guarantee. According to the credit that guarantees the mortgage, whether determined or undetermined, will apply different rules to the effective constitution. The same happens with the extension of the warranty and the privilege they enjoy.*

Keywords: *mortgage - open or maximum mortgage - close mortgage - real guarantee*

I. Introducción

Transcurrido el primer año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, merece un estudio particular el análisis de cómo sus normas operativas han sido interpretadas y puestas en práctica hasta este momento.

Como toda regulación nueva, algunos aspectos han suscitado cierta incertidumbre en cuanto a su aplicación. Tarea fundamental realizan los doctrinarios y abogados al estudiar y razonar el nuevo Código. A su vez, los jueces como intérpretes de la ley, colaboran a la hora de disipar dudas, sentando las bases de una nueva jurisprudencia.

La intención de este trabajo es aportar un análisis de la regulación de los derechos reales de garantía, en cuanto respecta especialmente a la hipoteca y dar a conocer los mayores cambios realizados en sus caracteres y cómo se están aplicando en la vida práctica.

(*) Prof. Facultad de Derecho, UCALP. Adscripta al Instituto de Derecho Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

II. Ubicación de los derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv. y Com.) aporta una innovadora técnica legislativa a la hora de regular los derechos reales. Estos se ubican en el Libro Cuarto, el que se divide en trece Títulos diferentes. El primero de ellos contiene una parte general de todos los derechos reales, en donde se regulan las disposiciones y principios comunes de la materia. En el segundo Título, se regulan la posesión y la tenencia. Los restantes se dedican en particular a cada derecho real, hasta llegar al Título XIII donde se encuentran las disposiciones acerca de las acciones reales.

Es importante destacar que, antes de comenzar con la regulación de cada derecho real, se han redactado disposiciones generales de acuerdo a la clasificación de los mismos. Esto ha servido para simplificar la codificación de cada derecho real y evitar repeticiones innecesarias. En cuanto a los derechos reales de garantía se observa que de los artículos 2184 al 2204 del CCiv. y Com. se encuentran veintiún artículos de disposiciones comunes que anteceden a la regulación en particular de los derechos de hipoteca, anticresis y prenda.

El primer artículo del Título XII, dedicado a los derechos reales de garantía es el 2184, el cual expresa: “Disposiciones comunes y especiales. Los derechos reales constituidos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo”. De esta manera, por un lado debe entenderse que existen normas comunes a la clasificación de derechos reales de garantía, y por el otro, que cada derecho tendrá su regulación específica de acuerdo a su estructura.

Si se detiene el estudio en la hipoteca, es interesante apreciar cómo han sido comprimidas las disposiciones de este derecho, por cuanto en la legislación anterior se le dedicaban 103 artículos, mientras que en la actual, propiamente a este derecho se lo regula en siete. Por supuesto, si se sumaran las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, este número ascendería, pero tampoco alcanzaría a la cantidad de artículos en que Vélez la reguló. Esta reducción es entendible, puesto que actualmente a través de más de un centenar de años de aplicar e interpretar el derecho se conoce qué acontece frente a determinada circunstancia y la postura de la jurisprudencia. Mientras que el legislador del siglo XIX, no solamente codificaba el derecho, sino que también hacía escuela, al enseñar a través de los diferentes casos especiales que podían darse en esta materia.

II.1. Clasificación de los derechos reales

Los derechos reales se clasifican según sean sobre cosa propia o ajena (artículo 1888 CCiv. y Com.), principales o accesorios (artículo 1889 CCiv. y Com.), sobre cosas registrables (artículo 1890 CCiv. y Com.) y no registrables y según se ejerzan o no por la posesión (artículo 1891 CCiv. y Com.).

A su vez, dentro de la primera clasificación, cuando el derecho real recae sobre una cosa ajena existe una subclasificación según sean derechos de disfrute o de garantía. La hipoteca, la prenda y la anticresis son los derechos reales sobre cosa ajena, de garantía (y por lo tanto accesorios) legislados en el Código Civil y Comercial.

En este trabajo se analizará concretamente a la hipoteca, sin embargo es importante tener presente que los caracteres esenciales que se desarrollarán en los próximos acápite son comunes a los tres derechos reales de garantía.

III. Definición analítica del derecho real de hipoteca

El artículo 2205 define a la hipoteca como “(...) el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acree-

dor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado” (Código Civil y Comercial).

Al realizar un análisis del concepto se puede decir:

a) La hipoteca es un derecho real por el cual una persona asegura el cumplimiento de una obligación (derecho personal) constituyendo en garantía la hipoteca que grava su inmueble.

b) Debe tenerse en cuenta que las partes serán al menos dos o tres personas distintas. Por un lado, está el titular del derecho real de hipoteca, el cual puede ser una persona humana o jurídica y nada impide que sea más de una. A esta persona se la llamará acreedor o coacreedores, visto desde la órbita del derecho personal. Por otro lado, se encuentra el constituyente, que es quien grava con la hipoteca, un inmueble de su propiedad a favor del acreedor. No siempre el deudor es el constituyente, pues puede serlo un tercero.

c) El constituyente ve limitada su facultad de disposición, tanto material como jurídica, por el gravamen que pesa sobre su inmueble.

d) El titular del derecho real, cobra su crédito de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Éste, de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley debe hacerse por escritura pública (artículo 1017 CCiv. y Com.).

e) Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor debe iniciar un juicio de ejecución hipotecaria, donde se subastará el inmueble y con el producido de éste podrá cobrar su crédito.

f) Como todos los derechos reales, la hipoteca otorga a su titular las facultades de persecución y preferencia (*ius persequendi* - *ius preferendi*) esto es, podrá cobrarse del inmueble sin importar en manos de quien esté y lo hará con preferencia a otros acreedores.

g) Recae sobre cosa ajena. Esto es así pues el principio romano *nemini res sua servit* se aplica a todos los derechos reales sobre cosa que no sea propia.

h) El derecho real de hipoteca no se ejerce por la posesión, pues la misma la detentará el constituyente, por lo tanto es de fundamental importancia su registración en el Registro de la Propiedad Inmueble, para dar publicidad al derecho del acreedor y consecuentemente, ser oponible a terceros.

i) La hipoteca puede garantizar un crédito presente y determinado (hipoteca cerrada o propiamente dicha) o garantizar un crédito futuro y determinable (hipoteca abierta o de máximo). Debe tenerse en cuenta que esta no es una clasificación de la hipoteca. El derecho real es siempre el mismo, varía la modalidad del crédito que se garantiza.

IV. Caracteres esenciales de la hipoteca

Debido a que el estudio de este trabajo se centra en la hipoteca, se hará mención en especial a este derecho. Sin embargo, no debe olvidarse que el análisis que se hará a continuación es aplicable a la anticresis y la prenda, por cuanto estos caracteres surgen del capítulo dedicado a las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía. A continuación se detallan los caracteres esenciales que hacen a la eficaz constitución. Estos son la convencionalidad, la accesoriedad, la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, y la publicidad registral.

IV.1. Convencionalidad

El carácter de la convencionalidad está plasmado en el artículo 2185 del CCiv. y Com. que reza “(...) los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”.

Por lo tanto, la hipoteca reconoce como única fuente la convención o contrato. Así se elimina la posibilidad de constituir hipotecas judiciales, legales o tácitas. Es un criterio acertado el que ha adoptado el legislador, puesto que aporta mayor seguridad jurídica.

IV.2. Accesoriedad

La función de la hipoteca es garantizar un derecho creditorio. Entonces, se dice que el crédito es el principal y su accesorio es la hipoteca, que le procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio.

El crédito principal al cual accede la hipoteca nace de una obligación. “(...) la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser (...) determinada o determinable (...)” (artículo 725 CCiv. y Com.). “No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico” (artículo 726 CCiv. y Com.).

“Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda” (artículo 1889 CCiv. y Com.). “(...) son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal (...). La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito” (artículo 2186 CCiv. y Com.).

Señala el Dr. Boretto, que en nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice. Ésto no implica consentir que la hipoteca sólo sea válida si la obligación asegurada es preexistente o concomitante, pues ello implicaría negar que este derecho real pueda garantizar obligaciones futuras (2002).

No ha traído inconveniente la aplicación de este carácter en la hipoteca cerrada, ya que el crédito que asegura la misma es presente y determinado. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la hipoteca es abierta. Se ha sostenido que la hipoteca abierta afecta el carácter de accesoriedad, porque no cumpliría con el carácter de ser accesorio a un crédito, por ser éste futuro y no existir al momento de la constitución del gravamen. Así, lo ha entendido el Tribunal Superior de Córdoba, en el año 2009 en la causa “Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c/ Gómez Ángel Alberto”, “(...) es improcedente la ejecución hipotecaria, pues dicha garantía, al garantizar un cúmulo de obligaciones completamente imprecisas, configura una hipoteca abierta que resulta nula en nuestro derecho por violar el principio de accesoriedad” (TS Córdoba Sala Civil y Comercial).

No obstante, debe entenderse que sí existe una relación jurídica entre las partes, la que quedará explicitada en el contrato fuente al cual accede la hipoteca, y ésta será la base sobre la que el crédito se generará. En otras palabras, existe una relación causal de la cual se debe dejar constancia en el acto constitutivo, de donde se derivarán obligaciones, las cuales son determinables. En el contrato, deberán fijarse ciertos parámetros que sirvan para determinar cuáles son las obligaciones que quedarán resguardadas.

De la misma forma lo ha entendido el Profesor Alterini, al decir:

“(...) así como hay cosas que nos parecen poco discutibles, como este descarte de las hipotecas globales (1), hay otras que igualmente nos parecen indiscutibles y tienen una cuota de permisión. No podemos discutir si se pueden garantizar hipotecas eventuales, que puede haber hipotecas en garantía de contratos de apertura de crédito, porque el otro requisito que se le podría determinar es el contrato fuente, y ahí está, es el contrato de apertura de crédito, aunque la apertura de crédito se haga con el mecanismo de cuenta corriente” (1981).

(1) Se llaman hipotecas globales a las que garantizan globos de crédito, que pueden ser presentes, pasadas, o futuras, sin ninguna individualización ejemplificativa de los créditos que aseguran. Se diferencian de la hipoteca abierta, que sí señala los posibles créditos que pueden nacer.

Actualmente, con la posición del código vigente, la polémica acerca de si la falta de individualización de la causa del crédito es motivo de invalidez de la hipoteca abierta, queda resuelta. El Código contempla en el artículo 2189 la especialidad en cuanto al crédito, y dispone una excepción para las garantías de créditos indeterminados. Por ser motivo de análisis del próximo acápite se profundizará lo dicho más adelante.

IV.3. Especialidad

El carácter de la especialidad debe entenderse en su doble faz, especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito.

IV.3.1. Especialidad en cuanto al objeto

La especialidad en cuanto al objeto es una característica común a todos los derechos reales. El objeto debe ser una cosa cierta y estar individualmente determinada.

No obstante, el gran cambio en materia de derechos reales es la ampliación del objeto, el cual no sólo recae en cosas sino también en bienes. Así se ve reflejado en el artículo 2188 que dice que “(...) cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo”.

Esto es coherente con la regulación de otros derechos reales, como la superficie, donde el superficiario goza de la facultad de hipotecar la superficie sobre la cual recae su derecho.

Lo importante a la hora de determinar el objeto, es aportar los datos del inmueble sobre el cual recaerá la garantía. Así puede nombrarse como requisitos, el individualizar la provincia a la cual pertenece, puesto que los registros inmobiliarios son locales; partido donde está radicado el inmueble, número de folio real y nomenclatura catastral; ubicación, superficie, medidas y linderos.

IV.3.2. Especialidad en cuanto al crédito

La concepción tradicional, considera que la garantía debe alcanzar a determinado crédito, señalando la fecha y naturaleza del contrato a que accede y también la indicación del monto del crédito (artículo 3131 inc. 2 y 4 del Código derogado).

En contra del alcance tradicional, la Dra. Highton (2015) (2) sostiene que la especialidad en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, es decir el monto por el que la finca responde hipotecariamente. Mientras que la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa está vinculada con el carácter de accesoriedad.

En 1982, se realizaron las Primeras Jornadas de Derecho Civil sanjuaninas donde se agruparon los basamentos de la doctrina tradicionales de la siguiente manera:

“IV. Para satisfacer la exigencia de determinación del crédito garantizado es menester precisar los sujetos, el objeto y la causa fuente de la obligación, incluso para los créditos eventuales. V. La indeterminación de los créditos garantizados por la hipoteca vulnera los principios estatutarios de los derechos reales. VI. Los principios señalados (...) rigen aunque se interpretara —alternativa no aceptable— que la determinación de la causa del crédito atañe a la accesoriedad y no a la especialidad”.

Hasta aquí la postura clásica, la cual se fue flexibilizando en pocos años. Da cuenta de ello lo dispuesto en el año 1992 por los tribunales de Trenque Lauquen en la escritura pública que do-

(2) “Comentario al artículo 2186 del Código Civil y Comercial”, en: *Código Civil y Comercial - Comentado, anotado y concordado por Escribanos*, Clusellas, Eduardo Gabriel (coord.) (2015). Buenos Aires-Bogotá: Astrea y FEN Editora Notarial.

cumenta la constitución de la hipoteca se debe precisar: el monto del gravamen, el crédito que se garantiza con indicación de su causa fuente, entidad y magnitud, y el inmueble con cuya realización se satisfará el crédito en caso de incumplimiento del deudor.

“Las disposiciones formales contenidas en el artículo 3131 del Código Civil deben ser interpretadas con una cierta laxitud; en tanto, el mismo Código expresa que la constitución de la hipoteca no se anulará por falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falta, correspondiendo a los tribunales decidir el caso” (Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, “Banco Edificador de Trenque Lauquen v. Electricidad Los Vascos SRL y otro”).

El Proyecto de Código Civil unificado del año 1998, plasmaba finalmente un criterio más amplio: regular un régimen para los créditos determinados y otro para los indeterminados, siempre considerando que se enmarcan en el carácter de especialidad en cuanto al crédito. Se proponía que “(...) en la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa” y de ser créditos indeterminados, se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito, cuando el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, que conste que la garantía que se constituye es de máximo y el plazo al que se sujeta no puede exceder los diez años” (artículo 2093).

El Código Civil y Comercial de la Nación, toma al Proyecto de 1998 como fuente directa en este tema y regula que el ámbito propio para analizar la determinación o la indeterminación del crédito, corresponde a la especialidad en cuanto al crédito, y que no hace a la accesoriedad.

Dispone el Código en el primer párrafo del artículo 2189 que “(...) la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen”.

De acuerdo a la lectura del Dr. Alterini (2015), este concepto debe entenderse de dos maneras diferentes según el crédito sea determinado o indeterminado. Así para el primer caso, esta fijación de la responsabilidad hipotecaria del inmueble, sería provisoria, pues debe conjugarse esta disposición con el artículo 2193. El mismo prevé la extensión del crédito, y fija que la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Así las cosas, para la hipoteca cerrada esa fijación del gravamen es provisoria, pues la misma aumentará en caso de incumplimiento y posterior ejecución. Será en el marco del proceso ejecutorio donde se actualice y se fije de forma definitiva el monto del gravamen que fue asegurado.

Por el contrario, cuando el crédito es indeterminado (abierto) el monto que se previó en la constitución del gravamen como máximo, será de carácter definitivo. Cualquier suma que exceda el tope fijado será indiferente para la cuantía del gravamen, la cual se cristaliza en la individualización que se haya realizado en el contrato.

Tal límite protege a otros acreedores del deudor hipotecante, que se verían relegados en su cobro por un privilegio especial sobre un inmueble determinado, pero en pretendida garantía de cualquier relación entre acreedor y deudor. Por ser el monto máximo una exigencia legal de orden público, es indisponible por las partes.

En cuanto a la determinación de la obligación, el artículo 2189 sólo se aplica para el caso en que el crédito es indeterminado, pues la regla general se consignó en el artículo 2187 con la siguiente redacción: “Al constituirse la garantía el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Entonces bien, la manera de especificar el crédito, es consignando de forma precisa quiénes son los sujetos intervinientes, el objeto y la causa. Esto claro está, es la regla siempre y cuando el crédito esté determinado desde un principio.

El artículo 2189 establece la excepción a la regla, en el párrafo segundo, pues la misma no puede cumplirse en caso de tratarse de un crédito indeterminado (abierto). Así dispone que “(...) el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto (...)”.

En efecto, de no poder individualizarse el objeto por ser indeterminado a la hora de la constitución de la hipoteca, se permitirá que pueda hacerse posteriormente, sin embargo se le añade un requisito a la estructura del derecho real de hipoteca en caso de asegurar créditos futuros: el monto de la garantía valdrá como máximo del gravamen, sin poder éste ser aumentado bajo ningún concepto.

Se observa la influencia de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 sobre los codificadores. En dicha Jornada se postuló que “(...) en una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente: a) Una suma máxima y un plazo máximo o b) Una suma máxima y una determinación suficiente de la causa” (XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

IV.4. Publicidad registral

Para que sea eficaz la constitución de la hipoteca, es necesario que una vez constituido el derecho de acuerdo a las formalidades del acto (artículo 1017 CCiv. y Com.), es decir, plasmarse en escritura pública, el mismo sea inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. Recuérdese, que al no ejercerse este derecho real por la posesión, es indispensable para que sea oponible a terceros interesados, se realice la publicidad registral.

A través de esta publicidad, el acreedor podrá dar a conocer su derecho, logrando el efecto de oponibilidad frente a terceros que tengan interés en el acto. De acuerdo a la ley registral 17.801, el plazo de la inscripción del gravamen es de veinte años, y puede ser renovado. Luego de pasado tal plazo, la inscripción caduca de pleno derecho sin necesidad de efectuarse un contra asiento de cancelación.

En cuanto a la hipoteca abierta y su publicidad, por el momento, no se ha dictado ninguna disposición técnico registral que contemple los requisitos que deberán cumplimentarse. Sin embargo, es recomendable que en el asiento registral del folio real se consigne el monto máximo y el tiempo máximo al cual las partes sujeten la vigencia del gravamen. Esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2189 que estipula el plazo máximo de 10 años, el cual debe entenderse como plazo excepcional y sólo para el caso de garantía de créditos indeterminados, mejor será publicitar el plazo convenido en el contrato y no el legal pues pueden diferir. Por la sensibilidad del tema, cuanto mayor precisión se brinde se estima será más conveniente.

Igualmente, para cumplir con una acabada publicidad del derecho real, es recomendable que el conjunto de enunciaciones y precisiones que se efectúen en la escritura pública en relación a la causa fuente, sean consignadas en la minuta rogatoria, en el rubro observaciones a los fines de su microfilmación y posterior publicidad de ser requerida.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires cuenta con un sistema de protección de la publicidad. Así, las rogatorias de los documentos portantes de derechos reales se microfilman y se guardan en un soporte computarizado. Esto permite que el acto que se haya registrado, pueda ser reproducido mediante copia, con el simple aporte del número de presentación que surja del asiento registral.

Esto servirá a todo potencial acreedor de aquel deudor que haya constituido una hipoteca abierta, en cuanto le serán de utilidad los datos que le brinde el Registro, como organismo estatal destinado

a brindar y colaborar con la seguridad jurídica. De tal manera, podrá conocer cuáles negocios son los que protege la garantía ya constituida, y así merituar si el deudor tiene la capacidad suficiente para responder en caso de contraer una nueva deuda.

V. Concepto de hipoteca abierta

Se utiliza el nombre de hipoteca abierta para indicar que el derecho real de hipoteca garantiza el cumplimiento de créditos eventuales o futuros. Nótese el plural utilizado; ésto es así en el marco de determinado tiempo, nacerán varias obligaciones entre el deudor y el acreedor, pero todas serán afianzadas por una única constitución de hipoteca. Ante la imposibilidad de individualizar cada uno de los créditos al momento del contrato constitutivo, pues aún no han nacido, se los denomina como “indeterminados”. Así se diferencia de la hipoteca comúnmente conocida, que asegura un crédito determinado de dar una suma de dinero. A la primera, se la denomina hipoteca abierta, de máximo, o que asegura créditos indeterminados. A la segunda, hipoteca cerrada o propiamente dicha y asegura créditos determinados al momento de su constitución.

La hipoteca abierta puede definirse como aquel derecho real que recae sobre un inmueble determinado, ya sea del deudor o de un tercero llamado constituyente, por el cual se garantiza el pago de créditos eventuales o futuros, que irán surgiendo en base a la relación negocial según se pacte en el contrato fuente, al tiempo del acto constitutivo o posteriormente. Por ser indeterminada la suma por la cual se generarán obligaciones, la ley impone que se prevea un monto máximo para la garantía real —por el cual responde el inmueble— y prevé que la vigencia no puede superar los diez años (artículo 2189 CCiv. y Com.).

“En los supuestos de créditos futuros o eventuales, es necesario distinguir la obligación actual y la causa fuente de la misma; la obligación puede ser futura o eventual, pero lo que debe inexorablemente existir a la época de la constitución de la hipoteca, es el contrato u otra causa fuente de obligaciones, a través de una descripción detallada del acto constitutivo” (Suprema Corte de Justicia, 1983 [1987]: 662).

Es de buena técnica explicitar las bases (conjunto de enunciaciones) que originan el negocio jurídico en el contrato fuente, para que de esta manera puedan ser determinables las obligaciones que serán abarcadas por la garantía real.

La variedad de obligaciones que se pueden asegurar no altera la rigidez de la estructura del derecho real de hipoteca. Como consecuencia de ello, la misma no sigue la suerte de la naturaleza de las obligaciones que garantiza. Por tal, la obligación es eventual, pero la hipoteca es actual y oponible como todos los derechos reales a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Si bien con el nuevo Código se le agregan dos requisitos a la estructura de la hipoteca en caso de asegurar créditos indeterminados, no deja la misma de ser de acuerdo al artículo 2205 CCiv. y Com., un derecho real de garantía, que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

A través del juego armónico de las leyes civiles, comerciales y financieras, durante la vigencia del código derogado, en el último cuarto de siglo se observó el uso de la hipoteca para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero, prestaciones o suministros indeterminados (aunque determinables) de gran envergadura. Los primeros usos que se le dieron a la hipoteca como garantía de créditos futuros fueron para asegurar el pago de saldos de cuentas corrientes mercantiles y cuentas corrientes bancarias.

Un ejemplo muy típico es el siguiente: una industria, tal podría ser el caso de YPF, mantiene una relación comercial con determinado comerciante, dueño de una estación de servicio que vende los productos de la industria citada. YPF de forma periódica le entrega suministros de combustibles,

productos y mercancías, le otorga préstamos a pagar en pronto/mediano plazo cada vez que la estación de servicio lo solicita. Esta última, en vez de pagar cada vez que recibe dichos insumos, lo hace a final de año. Esta comodidad de la cual goza el comerciante se debe a que al comenzar la relación comercial con YPF, celebraron un contrato donde pactaron los créditos que podrían nacer y la forma de pagarlos. Como desde un primer momento, no podían establecer con exactitud cuántos insumos se necesitarían para satisfacer la demanda de la estación de servicio, se estimó una suma, que fue protegida con la constitución de una hipoteca. Si el comerciante al final del tiempo pactado, incumple con el pago, el acreedor —YPF— puede cobrar su crédito del producido del inmueble con el que se garantizó la deuda. Normalmente dicho inmueble, es aquel donde está emplazada la estación de servicio.

El Código Civil y Comercial le reconoce al acreedor la atribución patrimonial de adquirir un derecho real como condición de un préstamo en dinero, suministros que realice, fianzas que preste y demás actividades propias de la esfera comercial y financiera, y al deudor contar con todas aquellas ventajas que el acreedor le facilita, asegurando el pago de las mismas al constituir una hipoteca.

VI. Innovación legislativa

A la hora de tutelar un crédito, existen varias figuras de garantía disponibles, ya sean personales o reales. Dentro de la actividad financiera y comercial, era frecuente que se constituyeran hipotecas abiertas, pero muchas veces se encontraban los acreedores con el vallado de una antigua regulación, que ponía en duda la validez de utilizar una figura tradicional para afianzar varios créditos y futuros.

El codificador se ha inclinado por consagrar un sistema de garantías más amplio, adaptado a las prácticas negociales modernas; coadyuvando a la finalidad práctica del derecho de hipoteca, cuando es utilizado en resguardo de grandes operaciones comerciales o financieras. Así el Código, dentro de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, recepta la posibilidad de garantizar créditos indeterminados al tiempo de la constitución del gravamen.

Como advierten los Esc. Dodda y Urbaneja:

“(...) la modificación más importante se da en materia de especialidad en cuanto al crédito, en donde se admite la doctrinalmente llamada hipoteca ‘abierta’ o ‘de máximo’. A través de ella, ampliando claramente la regulación actual, se permite que la constitución de derecho real señale el monto máximo que será garantizado con la hipoteca, pero sin necesidad de una enumeración precisa de la cantidad de actos jurídicos que podrán celebrarse entre deudor y acreedor para alcanzar esa suma” (2012: 972).

Hasta el presente, se ha conocido la utilización de la hipoteca abierta, pero por la ubicación de la disposición es dable entender que se extienda a los otros derechos de garantía.

Es sabido que el Proyecto de 1998 fue tomado como fuente para la redacción del Código actual. No escapa a ello la redacción del artículo 2189, el que con palabras más, palabras menos, recoge el precepto del proyecto mentado. Sin embargo, debe inferirse que se legisla sobre créditos indeterminados, puesto que se omitió decirlo expresamente.

No se le resta importancia a la omisión, puesto que entorpece la interpretación del artículo. Sin embargo, teniendo en cuenta los requisitos que plasma en el párrafo segundo del artículo 2189, no cabe duda alguna. Así, al decir: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente”, debe concluirse que dispone para el caso de garantías que aseguran créditos indeterminados. Estos, al formar un cúmulo de obligaciones garantizadas, es posible que alguna obligación sea concomitante con la constitución de la hipoteca, empero y por sobre todas las cosas, se prevé el nacimiento de otras obligaciones con posterioridad, a futuro.

Este mismo criterio no puede establecerse para el caso de un crédito determinado, puesto que al momento de constituirse la hipoteca, se conoce el crédito que se garantiza, pues nace con el mismo contrato. Así lo regula el Código en el artículo 2187 “Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Entonces bien, con el final de la redacción del artículo 2187 se piensa que la excepción es la referida en el artículo 2189 al decir que puede no estar individualizado en todos los elementos, por lo tanto a falta de esa individualización admitida por la ley, el gravamen que se estipule en el contrato, valdrá como tope máximo de la garantía.

En cuanto a la estructura del derecho real de hipoteca, debe entenderse que se amplía el campo del carácter de especialidad en cuanto al crédito imponiendo pautas específicas —un monto máximo y plazo máximo de diez años— solamente a los fines de la constitución de la hipoteca abierta. La estructura de la hipoteca como derecho real no ha variado en general. Solamente, en el caso de ser garantizados créditos indeterminados, es que existe la excepción de individualizar la causa en el acto constitutivo. Por tal, se requiere el cumplimiento de dos requisitos nuevos, el monto del gravamen como suma definitiva para valorar la responsabilidad hipotecaria y el plazo de 10 años, como máximo dentro del cual pueden nacer los créditos.

En efecto, es receptado el criterio de amplia jurisprudencia, que falló en favor de la validez de la hipoteca abierta. Así la Cámara Nacional Civil, en el año 2006 afirmó que:

“(...) la hipoteca en nuestro régimen legal puede garantizar todo tipo de obligaciones —artículos 3109 y 3153, Código Civil— aún las eventuales y futuras, bastando para cumplir con el principio de especialidad que conste en el instrumento la fijación de la responsabilidad hipotecaria sobre el inmueble, pues toda obligación lícita es garantizable con hipoteca, en tanto el derecho real consiste en un gravamen por monto determinado o determinable” y “contiene todas las especificaciones del artículo 3131 del C.C. el acto constitutivo de la hipoteca, si aparece en la escritura la fecha y naturaleza del contrato al que accede en el que está descripta la causa fuente de la obligación (...)” (Cámara Nacional Civil “Shell Compañía Argentina de Petróleo S. A. c. Navalys S.A.”).

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el año 2009 manifestó:

“El principio de especialidad en la hipoteca rige con certeza cuando se trata tanto de la cosa hipotecada, como del monto de la deuda, no exigiéndose igual precisión en cuanto al crédito asegurado con el gravamen real. Así, aquel puede ser condicional o indeterminado en su valor o la obligación eventual, supuestos donde, aunque la individualización ha desaparecido, el gravamen resulta válido siempre que se declare el valor estimativo de la obligación garantizada en el acto constitutivo de la hipoteca”. “El requisito de la especialidad apunta, ante todo, a la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa fuente de la obligación que garantiza, bastando, en el caso de las obligaciones eventuales, que se declare el valor estimativo de la cobertura hipotecaria en la escritura pertinente” (SC Buenos Aires “Mar del Plata Golf Club C. Dalfarra, Elda Amanda”).

VII. Utilización de la hipoteca abierta y sus ventajas

La envergadura de ciertas operaciones, en lo que respecta a las cifras involucradas, conduce a la elección de asegurar tales transacciones con el derecho real de hipoteca —de uso común en los bancos y en compañías productoras de bienes y servicios— por la entidad de la cual goza este derecho, en cuanto al cobro concreto y preferencial que ampara.

La implementación de este régimen de garantía, está directamente relacionado con la prevención de los riesgos que puede sufrir una relación comercial o financiera en un mediano plazo, en un país donde la economía fluctúa constantemente. Un factor que potencia la constitución de la hipoteca de máximo en la actualidad, es sin dudas la búsqueda de prevenir las contingencias económicas.

La hipoteca abierta es utilizada en operaciones bancarias para asegurar y promover el flujo de actividades propias del sistema bancario. La relación entre la institución financiera y su cliente, quedará garantizada por la hipoteca que se constituya al comienzo de la relación. Así se evita tener que volver a constituir otros gravámenes para proteger cada obligación que se vaya gestando en el curso de la vinculación.

En el marco de las relaciones comerciales, la hipoteca abierta, también es utilizada para afianzar prestaciones, suministros, préstamos, y otros conceptos.

Es muy ventajoso contar con la posibilidad de garantizar varias obligaciones con una sola hipoteca, puesto que disminuye los costos de las operatorias aseguradas, las que de otro modo, requerirían la formación de una hipoteca para cada una de ellas. Asimismo, acelera la entrega de los préstamos otorgados al deudor, lo cual en la hipoteca cerrada desde que es solicitado hasta la efectiva entrega del dinero, transcurre un tiempo considerable.

Se ha hecho énfasis en el perjuicio que le ocasiona al deudor la constitución de una hipoteca abierta porque le restaría posibilidades para contraer un nuevo crédito con otro acreedor. Debe tamizarse ese pensamiento, debido a que en la práctica registral se observa que las hipotecas de segundo grado, en la mayoría de los casos suelen constituirse con el mismo acreedor. De hecho, si se quisiera buscar un ejemplo de hipotecas ulteriores con diferente acreedor no sería tarea fácil. Por tal debe desestimarse la creencia de que el otorgamiento de una hipoteca abierta provoca al deudor un perjuicio relevante respecto de sus posibilidades de obtener nuevos créditos hipotecarios.

Asimismo, piénsese en el hipotético perjuicio que podría provocar una hipoteca abierta a los terceros eventuales acreedores —sean estos hipotecarios o quirografarios— porque se tornaría incierto el cobro por parte de aquellos, dado que estaría en mejor posición el acreedor de la hipoteca abierta, debido a que su garantía de cobro podría extenderse sin límites a cualquier obligación. Empero, esto fue meditado por el legislador y así se limitó el acuerdo entre partes, estableciendo un monto y un plazo de vigencia máximo, en post de la seguridad jurídica. De esta forma, cualquier potencial acreedor podrá evaluar si le conviene o no contratar con el deudor, frente a la preexistencia de la hipoteca abierta, de la cual conocerá, a través de la publicidad registral, cuál será el tiempo que reste de vigencia y el tope máximo de la responsabilidad hipotecaria.

VIII. *Numerus clausus*

En el marco de los derechos reales, la autonomía de la voluntad se ve netamente reducida, pues las normas que operan en esta materia son de orden público. Vélez, sostenía que “(...) la naturaleza de los derechos reales en general (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares” (nota al artículo 2828 del Código derogado).

La exclusión de la autonomía de la voluntad favorece la claridad de las relaciones jurídicas reales y en el caso de inmuebles se pone a salvo a la propiedad de una multiplicidad de cargas imposibles de prever, incluso el registro solo es eficaz si el número de derechos reales es limitado y su contenido fijado por la ley (Wolff, Enneccerus y Kipp, 1971: 14).

Se ha dicho que la hipoteca abierta vulnera el *numerus clausus*, empero, debe precisarse que esto no es así, por cuanto no se crea un nuevo derecho real. De hecho, no está enumerado en el artículo 1887. La nueva normativa, ha ampliado la estructura de la hipoteca y hoy permite la constitución tanto de una hipoteca que garantice un crédito determinado, como así también que asegure créditos indeterminados. El derecho real de hipoteca es siempre el mismo, lo que varía es la característica del crédito garantizado.

IX. Extensión del privilegio

El nuevo Código cambia el paradigma en lo que respecta al privilegio del cual goza la hipoteca, solamente cuando asegura créditos indeterminados. El texto del artículo 2189 CCiv. y Com. dispone que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos.

A pesar de una falta de precisión en la redacción y que en la nota de elevación del Anteproyecto diga que la novedad más importante en cuanto derechos reales de garantía sea el monto de la hipoteca, mal podría pensarse que esta manda se extiende tanto para la hipoteca de créditos determinados como indeterminados de la misma manera.

Esta interpretación es determinante, pues entonces, de qué vale lo dispuesto en el artículo 2193, específico a la extensión del crédito. Allí es donde se legisla que la cobertura de la garantía se extiende al capital más intereses (compensatorios y punitivos) y a los daños y costas que provoca el incumplimiento por parte del deudor. Asimismo prevé, que de existir obligaciones anteriores, que hayan devengado intereses y que ahora se garantizan con hipoteca, especialmente deben preverlo las partes en el contrato, consignando el monto o detallando las pautas para que puedan ser determinables en un futuro. Claramente, la fuente de este artículo son los artículos 3111 y 3152 del Código velezano.

Cuando se estipule el monto del gravamen en una hipoteca cerrada, aquella determinación será provisoria y no limitará la cobertura de la garantía ni el privilegio que disponen los artículos 2582, 2583 inc. b y c.

En cambio, para los créditos indeterminados, a fin de no generar incertidumbres, se requiere un monto máximo por todo concepto. He aquí el límite del privilegio. Si fueron incluidos dentro aquel monto máximo, quedarán protegidos. De lo contrario, los nuevos montos serán quirografarios. Cuando la suma de la deuda supere el monto estipulado, y a pesar que su causa haya sido prevista en el contrato fuente, no gozará la misma de privilegio, puesto que el monto máximo es el techo de la responsabilidad hipotecaria.

Haciendo una interpretación finalista, el Dr. Alterini también señala, que este límite del privilegio debe entenderse que rige solamente para los derechos reales de garantía de créditos indeterminados (Alterini y Alterini, 2015).

X. Alcance del monto del gravamen. Aplicación práctica

En cuanto al monto máximo, el artículo 2189 establece que para “todos los casos”, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria.

¿Podría pensarse, que el monto del gravamen consignado en el contrato constitutivo, será el único que goce de privilegio, tanto para los casos de hipotecas que garanticen créditos indeterminados como determinados?

Se entiende que a fin de no generar incertidumbre a los terceros interesados, en el caso de la hipoteca abierta, se aplica el artículo 2189, por lo cual gozará de privilegio el monto estipulado, y cualquier otra suma que lo exceda será considerada como quirografaria.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dicho acerca de los supuestos que garantizan créditos determinados, en cuanto a que se considera provisoria el monto del gravamen convenido en el contrato. Por tal, cuando la hipoteca recaiga sobre créditos determinados, la garantía cubrirá el

capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, los cuales aumentarán el monto del gravamen pactado y gozará de privilegio (artículo 2193 CCiv. y Com.).

Avala esta postura el Dr. Alterini (2015) al explicar cómo fue pensado el Proyecto de 1998, “(...) se proponía la existencia de dos sistemas para satisfacer el requisito de la especialidad en cuanto al crédito, según que estuviera determinada o no la causa fuente de la obligación garantizada”. De la misma forma, se piensa que el codificador ha querido implementar dos técnicas distintas de acuerdo a la característica del crédito.

No es feliz la expresión genérica “en todos los casos”, previo a disponer que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto. No obstante, parece ser una manera de establecer una pauta inflexible, que no podrá incumplirse bajo ningún aspecto, ni excepción, siempre que de créditos indeterminados se trate.

De la práctica Registral en la provincia de Buenos Aires, luego de un año de vigencia del nuevo Código, se observa que no ha sido uniforme la interpretación de los artículos 2189 y 2193 CCiv. y Com. Se expondrá un análisis de casos concretos que han sido elegidos en base a la mayor frecuencia y/o características de los mismos.

El Banco Ciudad elige la modalidad de constituir hipoteca más letra hipotecaria escritural. El crédito es destinado para la adquisición de un inmueble para vivienda familiar y permanente. El monto del gravamen y el valor de la letra son coincidentes. Al individualizar el valor de esta última agregan la leyenda: más el interés pactado en cláusula X, demás gastos y comisiones, impuestos y seguros que se hayan convenido. Se advierte la aplicación del artículo 2193 CCiv. y Com. y descarte absoluto del artículo 2189 CCiv. y Com.

El Banco Nación, en casos donde ha otorgado créditos destinados a la vivienda familiar, única, de uso propio y ocupación permanente para el beneficiario y su familia como también en créditos con destino de capital de trabajo en préstamos al sector privado, se observa que coinciden la suma prestada con el monto del gravamen. Estipulan que el monto del contrato se integrará en cada momento con la suma que resulte de liquidar accesorios de la deuda, de conformidad con lo estipulado en los artículos 2190, 2193 y 2582 inc. e, y 2583 inc. b y c. CCiv. y Com.

El Instituto de Ayuda Financiera para Pagos de Retiros y Pensiones Militares, al otorgar créditos para la refacción de la vivienda, opta por consignar mismo valor de crédito y mismo monto de gravamen. Se entiende que los intereses y demás conceptos se rigen bajo la órbita del artículo 2193 CCiv. y Com.

En hipoteca constituida entre particulares, bajo el asesoramiento del notario autorizante, estipulan el mismo monto para el crédito como para el gravamen. Expresamente determinan que a partir de la mora, se devengará un interés del seis por ciento mensual en concepto de interés punitivo, el que se aplicará sobre todo lo adeudado y hasta su efectivo pago, con más los intereses y las costas y costos que se originen como consecuencia del procedimiento de ejecución. Se aplicó también el artículo 2193.

A continuación se analizará la línea de créditos que mayormente es elegida por la sociedad. Es el caso de las hipotecas del conocido programa social de préstamos para la construcción o adquisición de la vivienda familiar única llamado PRO.CRE.AR. El Banco Hipotecario a través de un fideicomiso hace entrega de un préstamo en dinero y utiliza el sistema de la creación de una letra escritural. Ésta tiene un monto que coincide con el préstamo dado. Sin embargo, han aplicado otra interpretación de la nueva legislación y el monto del gravamen comprende el importe del capital prestado con más la suma presupuestada para atender a intereses compensatorios y punitivos y demás conceptos previstos en el artículo 2193.

El monto que conviene garantizar con hipoteca es mayor al valor del crédito, como si el monto máximo por el cual se garantizan créditos indeterminados fuera aplicable al supuesto de créditos presentes y determinados. Tal suma asciende a casi un 20% del valor del préstamo. El monto de la hipoteca (en esta interpretación, monto mayor al del crédito otorgado) es el único que se le da publicidad registral, por ser el monto del derecho real. Según se explica de acuerdo a los contratos leídos, se aplica una interpretación del artículo 2189 en cuanto a que podría verse limitado el privilegio de la garantía de no incluirse en el monto de la hipoteca. No desconocen lo normado en el artículo 2193, pero lo toman como precepto explicativo más que de alcance real de la garantía.

Debe tenerse en cuenta que en el curso del corriente año han mermado el tráfico inmobiliario y los créditos hipotecarios. Esto hace que aunque sea un sólo banco el que haya entendido de manera diferente la extensión del privilegio, dicha postura repercute negativamente y en gran escala en la sociedad. Esto es así pues al analizar qué cantidad de créditos otorga el plan PRO.CRE.AR. en comparación a la suma de todos los créditos otorgados por otros acreedores, resulta que es mayor la cantidad que otorga el primero. Entiéndase que el impacto social es muy grande.

La interpretación que se ha hecho en base a poder cobrar todo concepto resultante de la ejecución de la hipoteca con privilegio, perjudica gravemente al deudor, por cuanto se encarece su préstamo, debido a que tanto los gastos de escrituración, los impuestos que gravan el acto, tasas registrales, etcétera, tienen en cuenta ese monto aumentado, el cual en la mayoría de los casos no es el real ya que sólo en caso de incumplimiento varía el *quantum*.

En efecto, no toda hipoteca constituida finaliza con un juicio hipotecario, sino que es la excepción. Lo más frecuente, es que el pago en término de las cuotas que hacen al cumplimiento de la obligación, finalicen en una cancelación por pago total de la deuda. Con esta modificación, se ve perjudicado el deudor que cumple, que de ahora en más deberá pagar intereses punitivos y costas que seguramente nunca se generen.

Tal como dice la Esc. Dodda (2012):

“El verdaderamente perjudicado será el deudor, ya que el acreedor, al fijar las condiciones para otorgar el crédito, pedirá que el monto de la garantía sea muy superior al crédito para asegurarse los intereses compensatorios, pero también montos eventuales tales como los intereses punitivos y las costas de un posible proceso judicial. Esto implicará que el valor del bien en la mayoría de los casos quedará absolutamente cubierto por la hipoteca en primer grado; los gastos que se generarán, a cargo del deudor, aplicando las tasas de impuestos y honorarios sobre el monto del gravamen y no del crédito, como fijan las normas vigentes, implicará abonar montos que en algunos casos insumirán una parte importante del crédito acordado y finalmente la supuesta protección a terceros interesados no será tal, ya que el monto del gravamen alejará a otro posible acreedor de la posibilidad de continuar adelante con la ejecución en su carácter de acreedor embargante, porque basará sus apreciaciones en el monto del gravamen, que puede no tener aproximación con el monto realmente adeudado y garantizado”.

Como enseña el Dr. Alterini (2015) “(...) el derecho real de garantía en su modalidad tradicional, al tener íntima conexión con un crédito determinado garantizado, queda firmemente ligado a él, de donde no sería plausible que la cuantía del gravamen no se correspondiese inicialmente con el capital de la deuda”.

XI. Hipotecas abiertas y su aplicación

A pesar de la entrada en vigencia de la nueva regulación, que impone límites a la constitución de garantías de créditos indeterminados, los bancos acreedores no se han hecho eco de su implicancia.

Lo dicho resulta del análisis de la práctica registral durante la vigencia de la actual legislación, y lo que se observa es que continúa la antigua modalidad donde se realizan modificaciones del plazo

o del monto de la hipoteca, aumentándolas, llevadas a cabo en nuevas escrituras complementarias del contrato constitutivo.

Esto se ha advertido a nivel registral y está en proyección una nueva disposición técnico registral donde, de acuerdo al principio de legalidad, el registrador limite el otorgamiento de tales actos, al calificar el cumplimiento de la manda del código de forma.

En una clara violación a la ley, tanto empresas de combustibles o préstamos comerciales continúan realizando garantías amplias, sin el techo del monto del gravamen; sin prestar atención al límite establecido de diez años, viéndose superado en algunos casos hasta dos veces dicho tiempo.

Es absurda la situación actual referida a las hipotecas abiertas. Cuánta tinta ha corrido para llegar a la sanción de una nueva legislación, que con preceptos más contundentes avale la validez de las garantías hipotecarias a favor de créditos indeterminados y sin embargo no se aplica aún. No obstante, se cree que cuanto mayor publicidad se dé a estos acontecimientos, más pronto la justicia pondrá un límite.

XII. Conclusión

Las exigencias de la sociedad actual y sus prácticas comerciales y financieras han exigido la modernización de la legislación civil y comercial. En consecuencia se ha consagrado la hipoteca abierta, favoreciendo el uso del crédito hipotecario.

Existen ciertos recaudos a tener en cuenta a la hora de su constitución. Por un lado, se establece un monto máximo como responsabilidad hipotecaria. El mismo goza de privilegio, excluyéndose de esta manera todo rubro componente del crédito que no se halle por él comprendido, al cual se lo considera quirografario. Por otro lado, se debe estipular un plazo máximo al que la garantía se sujeta, que no puede superar los diez años desde el momento de su constitución.

Como se ha expuesto, un factor que ha potenciado la implementación de este régimen de garantía es la búsqueda de prevenir las contingencias económicas y los riesgos que puede sufrir una relación comercial o financiera en un mediano plazo.

La nueva regulación acerca de las garantías sobre créditos indeterminados, es acertada y recoge las recomendaciones de Jornadas de Derechos Civiles, y que doctrinarios y juristas han propuesto. En un futuro cercano se verá, que no existe motivo para dudar en la conveniencia de la validez de la hipoteca abierta. Esto último, siempre y cuando las relaciones comerciales o financieras se ajusten a la ley, cosa que en la práctica no se estaría realizando.

En cuanto al monto del gravamen y su extensión es importante diferenciar los supuestos según que el crédito sea determinado o indeterminado. Para el primero, se aplica solamente el artículo 2193 y la garantía cubrirá el capital adeudado, los intereses, daños y costas posteriores a su constitución. Mientras que para el segundo, el monto del gravamen convenido en el contrato será el único que goce de privilegio, siendo otras sumas que excedan al mismo, consideradas quirografarias.

Finalmente, será la práctica de los próximos años la que demuestre si los cambios legales son favorables a la moderna sociedad.

XIII. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel (2015). *Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados ("cerrados") e indeterminados ("abiertos")*. Buenos Aires: La Ley.

BORETO, Mauricio (2002). *Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*. Buenos Aires: La Ley. C 1150.

CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (2015). *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea y Fen.

DODDA, Zulma (2012). "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", en: *SJA* 2012/10/17-21; *JA* 2012-IV.

DODDA, Zulma y URBANEJA, Marcelo (2012). "Relación entre las ejecuciones hipotecarias y el registro inmobiliario en Argentina", en: *Revista Notarial*. Buenos Aires. 972-2012.

GÓMEZ, Jorge Arturo (1999). *La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias*. Buenos Aires: La Ley. F.926.

WOLFF, Martin y otros (1971). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*. 3 ed. (traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), T. III. V. 1. Barcelona: Bosch, p. 14.

Ponencias

ALTERINI, Jorge Horacio (1981). Versión taquigráfica de la disertación pronunciada por el autor en el simposio Profundizado sobre *La actividad bancaria. Su relación con el Derecho y la función notarial*, Delegación La Plata.

Jurisprudencia

TS Córdoba Sala Civil y Com., 13/11/2009, "Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c. Gómez Ángel Alberto" [on line]. Disponible en: AR/JUR/66873/2009 [Fecha de consulta: 03/03/2016].

Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, 21/04/1192, "Banco Edificador de Trenque Lauquen v. Electricidad Los Vascos SRL y otro", Juba sum. B2202607; C. Nac. Civ., Sala J, 15/09/2005 "Verardo, Alberto Ángel y otro v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA", La Ley, 2006-C-588.

Suprema Corte Justicia de Mendoza, sala 1, 27/5/1983, ED 122 [1987], p. 662.

CNCiv., Sala K, 21/12/2006, "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c. Navalva S.A.", La Ley 17/09/2007, C.111, 826.

Suprema Corte Buenos Aires, "Mar del Plata Golf Club c. Dalfarra, Elda Amanda", C.91.162 [on line]. Disponible en: AR/JUR/43399/2009 [Fecha de consulta: 15/03/2016].

CNCom, Sala A, 17/04/1985, "Pogs SA v. Banco del Oeste SA", La Ley, 1986-B-614 S 37-211.

Cám. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 30/04/1998, "Rubinsky, Herman", JA 2001-IV.

CNCiv., Sala J. 15/09/2015, "Verardo, Alberto A. y otro c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A." [on line] Disponible en: AR/DOC/1901/2006 [Fecha de consulta: 20/02/2016].

Fecha de recepción: 29-04-2016

Fecha de aceptación: 10-6-2016